Der Begriff des Gewohnheitsrechts

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät der kgl. Universität zu Breslau

vorgelegt

und mit Genehmigung derselben veröffentlicht

von

Oskar Wachsmann
Referendar

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1902

Meinen Eltern

Inhalt.

Seite

I. Das Gewohnheitsrecht überhaupt. Seine Erfordernisse.

1. § 1. Allgemeines 7
2. § 2. Das ideale und das reale Moment im Wesen des Gewohnheitsrechts 7
3. § 3. Die Gestattungstheorieen 15
4. § 4. Endgiltige Feststellung des Begriffs 20

II. Erscheinungsformen oder Grenzbegriffe?

1. § 5. Allgemeines 24
2. § 6. Recht der Wissenschaft; Theorie und Praxis in ihrem Einflusse auf die Entstehung von Gewohnheitsrecht . . . 24
3. § 7. Die Verkehrssitte — Gewohnheitsrecht? (§§ 157, 242 B.G.B.) 29
4. § 8. Herkommen 33

Litteratur 35

Der Begriff des Gewohnheitsrechts.

I. Das Gewohnheitsrecht überhaupt. Seine Erfordernisse.

1. § 1. Allgemeines.

Während man sich gewöhnlich bei der Erklärung eines juristischen Terminus auf das Gesetz stützen kann, sei es, dass es selbst eine Definition des Begriffes giebt oder eine solche sich aus dem Wesen des Institutes, wie es von dem Gesetze aufgefasst wird, ableiten lässt, muss man bei dem Begriffe des Gewohnheitsrechts darauf verzichten.

Im B.G.B. kommt das Wort nicht vor und, wenn andere Gesetzbücher, z. B. das A.L.R., sächs. und österr. B.G.B. — es ist bestritten, ob die Lehre vom Gewohnheitsrecht dem privaten oder dem öffentlichen Recht angehört — das Gewohnheitsrecht erwähnen, so giebt das dort Gesagte keinerlei Anhaltspunkte für die Begriffsbestimmung. Für das Gemeine Recht enthielten allerdings das corpus juris civilis und das corpus juris canonici einige Hinweise; aber über deren massgebende Bedeutung war man sehr im Zweifel [1]). Man ist also heute auf rechtsphilosophische Untersuchungen verwiesen, deren Brauchbarkeit man prüfen kann, indem man sieht, wie sich die Anwendung ihrer Ergebnisse in der Praxis bewähren würde.

2. § 2 Das ideale und das reale Moment im Wesen des Gewohnheitsrechts.

Puchta und Savigny lehren [2]): Aus dem Volksgeiste, nicht aus der individuellen Veranlagung ergeben sich für den einzelnen Menschen gewisse Ueberzeugungen, die ihm eben darum mit den

[1]) Savigny, System des römischen Rechts I. § 27, Dahn, Das Gewohnheitsr., S. 554.

[2]) Puchta, Das Gewohnheitsr., S. 139; Savigny l. c., S. 14, 34 ff.

Gliedern des übrigen Volkes gemeinsam sind. Diese gemeinsame, die „Volksüberzeugung", ist Quelle allen Rechts, das auf drei Wegen aus ihr hervorgeht: als Gesetzesrecht, Recht der Wissenschaft und Gewohnheitsrecht. Letzteres ist „die natürliche Uebereinstimmung der Ueberzeugungen, wie sie durch das Wesen des Volkes unmittelbar gegeben ist[1])." Zum Begriffe gehört nicht die Uebung; eine notwendige Folge des Rechts, eine unzertrennliche Begleiterin ist sie ein Erkenntnissmittel, aber nicht das einzige[2]). Die Handlung muss vorgenommen werden in der Ueberzeugung, dass es sich um geltendes Recht handle[3])[4]).

Die Rechtstheorie der Begründer der historischen Schule ist Gegenstand zahlreicher Angriffe geworden. Man glaubt in dieser Lehre den Einfluss der Weltanschauung der Romantiker zu sehen, zu denen Savigny selbst ja besonders nahe Beziehungen hatte. Als mystisch und unverwendbar für die nüchterne, mit den Begriffen des gewöhnlichen Lebens rechnende Jurisprudenz erscheint besonders das eine Moment der Gesamtüberzeugung[5]). Ich halte sie aber gar nicht für eine so dunkle Potenz, die absolut ungeeignet wäre, als Hülfsmittel zur Lösung schwieriger rechtsphilosophischer Fragen zu dienen[6]). Ich gebe gern zu, dass nirgend ein Gehirn existiert, das Träger der Gesamtüberzeugung, ist und es mag auch sein, dass sie nicht Vorstellung eines seelischen Einzelwesens ist[7]).

---

[1]) Puchta, S. 143 ff.

[2]) Puchta II, S. 151. Savigny I, S. 82, 171. In neuerer Zeit vertreten auch durch Schmidt, Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens, S. 51.

[3]) Puchta II, S. 33, 66.

[4]) Zitelmann, S. 404 weist darauf hin, dass Savigny I, S. 177 die „Ueberzeugung von der Wahrheit und an sich selbst (ohne äussere Sanktion) bindenden Kraft der Regel" verlangt, damit eine Rechtsnorm entstehe. Ist dies wirklich die Puchta-Savigny'sche Theorie, dann fällt sie schon damit, wie auch Zitelmann, S. 415 hervorhebt, dass diese Ueberzeugung im einzelnen Falle sicher nicht vorhanden ist. Wohl ist im Volke die Ueberzeugung denkbar, ein Satz sei geltendes Recht, niemals aber die, ein Satz binde an sich, auch ohne Gesetzesrecht oder Gewohnheitsrecht zu sein. Eine solche Ueberzeugung könnte nur dann entstehen, wenn das Volk die rechtsbegründende Macht seines Rechtsbewusstseins kennen würde.

[5]) Zitelmann, l. c., S. 429.

[6]) Bergbohm, S. 419 f.

[7]) Zitelmann, S. 420.

Ich bin damit einverstanden, wenn Zitelmann sagt, dass die Gesamtüberzeugung eine im Volke verbreitete Ueberzeugung ist, aber sicherlich eine mit ganz bestimmten Qualitäten. Ich meine nun, dass es praktisch viel weniger darauf ankommt, festzustellen, wie eine Gesamtüberzeugung entsteht, um eine Analyse ihres Wesens zu liefern. Wichtig ist für uns nur, zu erkennen, wie sich eine Gemeinüberzeugung als solche äussert und sich in ihren Wirkungen von den Einzelüberzeugungen der Individuen unterscheidet. Sie tritt in der Weise auf, — das lässt sich meiner Ansicht nach im einzelnen Falle auch feststellen —, dass der Einzelne „davon durchdrungen ist, dass er nicht seine individuelle Meinung, sondern die in dem Lebenskreise, als dessen Mitglied er handelt, herrschende allgemeine Ansicht zur Geltung bringt[1]),“ und sie beeinflusst vermöge der in ihr liegenden Macht die Organe der Gemeinschaft.

Es ist also ohne weiteres zuzugeben, dass das Rechtsbewusstsein eines Volkes sich durch die Individuen äussert. Aber damit ist noch lange nicht gesagt, dass es etwas Subjektives, Individuelles an sich trage. Wenn die Aeusserungen des Individuums nicht den von mir angegebenen Bedingungen entsprechen, dann deuten sie eben nicht auf eine Gesamtüberzeugung hin. Dies gegen Bergbohm[2]), nach dessen Ansicht es kein Rechtsbewusstsein des Volkes giebt, „das gänzlich frei von den Schlacken des durch Egoismus u. s. w. getrübten Einzelbewusstseins über der Gesamtheit der Volksgenossen schwebte“.

Etwas anderes ist es allerdings, wie oft eine solche Gesamtüberzeugung heute entstehen wird; das hat für uns hier kein Interesse; diese Ausführungen sollen lediglich die begriffliche Möglichkeit darlegen.

Die Feststellung, ob die Abweichung einzelner auf eine Spaltung in der Gemeinüberzeugung hindeutet, hat nach den Eigentümlichkeiten des einzelnen Falls zu geschehen. Massgebend hierfür sind aber nur objektive Merkmale, nicht, wie Bergbohm[3]) anzunehmen scheint, individuelles Ermessen, jedenfalls nicht in höherem Masse, als die Feststellung dessen, was Recht ist, auch

---

[1]) Gierke, S. 166.

[2]) Bergbohm (S. 490—494, 499—501), mit dem Herr Geheimrat Leonhard, wie er mir gegenüber bemerkt hat, völlig übereinstimmt.

[3]) Bergbohm, S. 494.

beim Gesetzesrecht von der individuellen Ansicht des einzelnen Richters abhängig ist[1]).

Die Bedenken, die man gegen den Begriff der Gesamtüberzeugung hat, erscheinen mir demnach unbegründet. Ich halte die Gesamtüberzeugung für begrifflich möglich und verwendbar für eine Gewohnheitsrechtstheorie (§ 4). Was sonst gegen die Lehre Puchta-Savigny's vorgebracht wird, greift aber meiner Ansicht nach durch und bringt die Theorie zu Falle. So hat man mit Recht geltend gemacht, dass die Entstehung von Gewohnheitsrecht nicht an ein volksmässiges Ganzes gebunden ist. Man hat mit Recht auf das Gewohnheitsrecht innerhalb der katholischen Kirche[2]), einer Menschengesamtheit innerhalb der verschiedensten Völker, hingewiesen, und die Beispiele von gewohnheitsrechtlichen Sätzen, die nicht auf der Grundlage einer als Volk zu charakterisierenden Gemeinschaft entstanden sind, liessen sich beliebig vermehren. Diese negative Feststellung genügt, um die Puchta-Savignysche Theorie in einem wesentlichen Punkte zu widerlegen. Positiv festzustellen, innerhalb welcher Lebenskreise sich Recht bilden kann, wozu es einer besonderen Untersuchung bedürfte[3]), ist für unsere Zwecke nicht erforderlich.

Der Hauptangriff muss sich gegen die Ansicht wenden, dass die blosse Ueberzeugung Recht sei. Hier erscheint die Lehre am verwundbarsten, denn die Rechtsüberzeugung, „für die die Uebung ein Erkenntnismittel ist, aber nicht das einzige," ist als etwas rein Innerliches vage und unsicher. Der Satz, der auf der Gesamtüberzeugung beruht, kann nur durch die Anwendung einen bestimmten Inhalt erhalten und nur durch diese seine praktische Brauchbarkeit erproben. Diesen mehr technischen Bedenken treten ebenso gewichtige anderer Art zur Seite: Wäre das blosse Rechts-

---

[1]) So wie hier augenscheinl. Gierke, S. 160 u. auch Hölder, Pand. allgem. Lehren, S. 29, farblos die Pand.-Lehrb. von Dernburg, Windscheid-Kipp, Regelsberger.

[2]) Vgl. Regelsberger, S. 83. Adickes, S. 41, Sturm, Kampf des Ges. mit der Rechtsgewohnheit, S. 3.

[3]) Vgl. hierüber: Binding I, § 40. Anm. 1, Regelsberger, S. 83 Anm. 1; Gierke, S. 165, fordert eine dauernde Lebensgemeinschaft, aus der Verhältnisse entspringen, die sich zur Ordnung durch äussere Normen eignen.

bewusstsein Recht, dann müsste konsequenter Weise die Geltung der Gesetze von der Uebereinstimmung mit diesem abhängig sein. Die Forderung stellen aber Puchta und Savigny[1]) selbst nicht auf. Am bemerkenswertesten aber ist, dass die Theorie der historischen Schule das geschichtlich wichtigste Ereignis, die im Wege der Gewohnheit erfolgte Reception des römischen Rechts, nicht erklären kann. Denn dieses ist erst nach hartem Kampf im Widerspruch mit der Ueberzeugung des Volkes, das sich gegen das ihm fremde Recht sträubte, aufgenommen worden. Erst lange Zeit später, als es schon Jahrzehnte allgemein in Uebung war, ist das neue Recht in die Ueberzeugung des Volkes hineingewachsen. Nach Puchta-Savigny aber entwickelt sich ganz im Stillen aus dem Volksgeist heraus die Rechtsüberzeugung, als deren Folge die Uebung auftritt[2]). Gegenüber diesen Momenten kann nicht überzeugen, was Adickes[3]) gegen die Positivität des Rechts anführt. Er schöpft seine Argumente aus der Geschichte, aber ich kann ihm einwenden, dass in denjenigen Fällen, in denen früher Schöffen oder Richter beim Schweigen von Gewohnheiten und Satzungen das Recht finden mussten, sie nur, wie auch heute die Praxis, Recht schufen für den einzelnen Fall, niemals aber ihre Aussprüche sofort als abstrakte Rechtssätze galten.

Die Puchta-Savigny'sche Theorie lässt sich auch nicht damit retten, dass man etwa sagt, die blosse Ueberzeugung kann dann als Recht gelten, wenn ein Gesetzgeber bestimmt, dass er eine sich irgendwo findende Ueberzeugung eines Lebenskreises als Recht anerkennen will. Hierauf möge die Bemerkung genügen, dass diese Auffassung den Begründern der historischen Schule ganz gewiss recht fern gelegen hat. Diese Lehre, die zu den

---

[1]) Vgl. hierzu ausführlich Bergbohm, S. 509 ff.

[2]) Vgl. hierzu Bergbohm, S. 519, Sturm; Kampf des Ges. mit der Rechtsgewohnh. S. 3, 14; im Ergebnis stimmen ferner überein Regelsberger, S. 83, Gierke, S. 164, Eisele, S. 281 (letzterer geht allerdings nicht von der Volksüberzeugung, sondern von dem Gesamtwillen als Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts aus, auch ist seine Argumentation eine andere).

[3]) Adickes, S. 7, der übrigens von einer rein mechanischen Auffassung der Gemeinrechtsüberzeugung ausgeht; ausser ihm sehen die Rechtsüberzeugung als Quelle des Rechts an: Dworzak, S. 73—75, Gerber-Cosack, S. 28 ff. Gegen Adickes zutreffend: Dahn, S. 556 ff., der auch die Rechtsüberzeugung als Quelle des Rechts ansieht.

unten ausführlich zu behandelnden Gestattungs-Theorien zu zählen ist, nimmt ja dem Gewohnheitsrecht jede selbständige Geltung und bringt es in Abhängigkeit zum Gesetz. Solche gesetzlich bestätigte Sätze bezeichnet Bülow[1]) sogar als Gesetzesrecht.

Diese Ausführungen dürften dargethan haben, dass die Rechtsüberzeugung allein nicht Recht schaffen kann. Wenn auch die Gesamtüberzeugung als solche — um das Gesagte noch einmal ganz kurz zusammenzufassen — eine gewisse Verpflichtungskraft hat, so fehlt es doch dem in der Ueberzeugung des Volkes schlummernden Satze an der bestimmten Ausprägung, deren jeder Rechtssatz bedarf. Die Theorie reicht nicht aus, um die thatsächlich bestehenden Verhältnisse und die geschichtlichen Vorgänge zu erklären.

II. So ist denn in neuerer Zeit das wesentliche Gewicht gelegt worden — aber doch nur in Anknüpfung an die ältere, vor Puchta-Savigny herrschende Theorie, — auf Zeit und Uebung, die realen, äusseren Momente. Zitelmann[2]), der Hauptvertreter dieser Anschauung, lehrt: In einem korrekt denkenden Menschen wird die Vorstellung erzeugt, dass ein Satz als Rechtssatz gelte[3]), wenn dieser Mensch das längere thatsächliche Herrschen dieses Satzes beobachtet und erwartet, dass dieses thatsächliche Herrschen auch noch länger andauern wird." Es ist „die Macht der dauernden Thatsachen, welche dem Gewohnheitsrecht Geltung verschafft; die allgemeine Rechtsüberzeugung ist gleichgültig[4])." Was sich demjenigen, in dessen Seele die Vorstellung erregt werden soll, präsentiert, ist lediglich, dass in bestimmten Situationen die Menschen ein bestimmtes äusseres Verhalten beobachten. — Nun möchte ich fragen, woher der Beobachter entnehmen soll, dass es

---

[1]) Bülow, S. 109 Anm. 1. Dass Bülow nicht von einer vom Gesetz für verbindlich erklärten Ueberzeugung sondern von einem solchen gebräuchlichen Verhalten spricht, das er dann als Verkehrsregel bezeichnet, kann selbstverständlich nicht das Recht nehmen, ihn hier passend anzuziehen. Insbesondere der Gebrauch des letzten Begriffes erklärt sich daraus, dass Bülow annimmt, dass es ein Gewohnheitsrecht nie gegeben habe. (vgl. S. 109, Text).

[2]) Zitelmann, S. 459, 463.

[3]) Ueber den Begriff des Geltens vgl. Zitelmann, S. 449, 457, 461, 463.

[4]) Zitelmann, S. 464.

sich um die Anwendung eines Satzes als Rechtssatzes handelt, und das verlangt doch Zitelmann.

Das äussere Verhalten ist ein gleiches, wenn jemand etwas thut, weil er es für zweckmässig, anständig oder für rechtlich notwendig hält; und gerade in den Fällen, wo es sich um die Entwickelung eines Rechtssatzes handelt, ist doch strenge Scheidung unbedingt erforderlich. Darauf habe ich bei Zitelmann keine Antwort gefunden. Dass hier ein Mangel vorliegt, scheint Zitelmann auch empfunden zu haben, denn er bemüht sich, die Uebung des Satzes als Uebung eines Rechtssatzes zu charakterisieren, indem er als Erfordernis aufstellt, dass die Menschen in ihrem äusseren Verhalten zu einander bei konkurrierenden und kollidierenden Interessen sich gleichförmig nach gewissen Regeln thatsächlich richten, die sie nicht als ein Produkt ihrer Willkür im einzelnen Falle erzeugen oder nach freiem Belieben annehmen, sondern denen sie sich, wenn auch widerwillig, beugen. Das erscheint mir nicht nur „nicht vollständig," sondern ganz unzulänglich. Denn alles dieses kann meiner Ansicht nach auch bei einer Verkehrssitte vorhanden sein, die, wie unten zu zeigen, kein Rechtssatz ist.

An einer Stelle bezeichnet allerdings Zitelmann[1]), wenn auch nicht die allgemeine Rechtsüberzeugung[2]), so doch für die einzelnen Uebungsakte die „Ueberzeugung des Uebenden dem geltenden Rechte gemäss zu handeln[3])," als Erfordernis. Aber diese Ueberzeugung kann für seine Theorie nicht als wesentliches Moment in Betracht kommen. Denn um die Vorstellung, dass ein Rechtssatz gelte[4]), zu erzeugen, ist, wie Zitelmann an anderen Stellen ausführt (vgl. S. 455, 459, 463, 464), nur Aeusserliches, „was beobachtet werden kann," notwendig und allein dienlich. Aus welchen Motiven jemand eine bestimmte Regel befolgt, ist äusserlich nicht erkennbar. Andererseits unterscheiden nur innere Momente das Ueben eines Satzes als Rechtssatzes von dem

---

[1]) Zitelmann, S. 464.

[2]) S. 464: „die allgemeine Rechtsüberzeugung ist gleichgültig."

[3]) Zitelmann, S. 445.

[4]) d. h., dass die Einzelnen, auf welche sich der Rechtssatz bezieht, ihm gemäss berechtigt und verpflichtet werden. (Zitelmann, S. 463).

Ueben als Sitte[1]). Das bringt, meiner Meinung nach, die Zitelman'sche Theorie zu Falle. Wenn er an einer Stelle die Rechtsüberzeugung des Uebenden als wesentlich betrachtet, so scheint das mit seinen übrigen Sätzen im Widerspruch zu stehen.

Wenn wir einmal davon absehen, dass es von vornherein nicht möglich ist, aus dem äusseren Verhalten zu erkennen, ob ein Rechtssatz oder eine Sitte vorliegt, wie oben gesagt, dies allein schon lässt die Gewöhnungstheorie unbrauchbar erscheinen, so erhebt sich die Frage: kann überhaupt aus einem Ueben ohne Rechtsüberzeugung ein Rechtssatz entstehen? Die Stellung dieser Frage wird von zwei Seiten gerechtfertigt. Einmal streicht Adickes[2]) (übrigens nach meinen obigen Ausführungen konsequenterweise) für den einzelnen Uebungsakt das Erfordernis der Ueberzeugung des Uebenden. Dann erklärt auch Zitelmann, obgleich er an einer Stelle von dem Erfordernis der Ueberzeugung des Uebenden spricht, an anderen wieder, dass aus dem thatsächlichen Herrschen ein rechtliches Gelten werde, indem die Thatsache der bisherigen Uebung eine stärkste Motivationsquelle zu weiteren Uebungen des Satzes bilde; er sei bisher geübt worden, und weil er bisher geübt worden sei, werde er auch weiter geübt werden[3]).

Man muss zugeben, es kommt allerdings besonders in bäuerlichen Verhältnissen vor, dass Lebensverhältnisse bei ihrer jedesmaligen Wiederkehr seit Menschengedenken immer dieselbe Regelung erfahren haben. Insbesondere, dass bestimmte Verpflichtungen, jedesmal, wenn sie in Frage kamen, in bestimmter Weise erfüllt worden sind und zwar lediglich deshalb, weil es bisher so gewesen ist. Der Bauer, für den die Frage praktisch wird, erkundigt sich wohl bei den ältesten Leuten im Dorfe, wie es mit der Ver-

---

[1]) Bülow, S. 77/78 irrt meiner Ansicht nach, wenn er dieses im Innern der Volksseele zu suchende Unterscheidungsmerkmal nur in einem Stärkegrade der dem Verhalten zu Grunde liegenden Volksüberzeugung sieht. Die inneren Momente bei einer Uebung, die auf eine vorhandene Rechtsregel zurückgeht, sind qualitativ andere wie bei einer Sitte. Massgebend ist, wie schon betont ist, und noch mehrfach hervorgehoben wird, ob der die Gemeinschaft beherrschende Rechtstrieb oder andere Faktoren Ursache der Gewohnheit sind.

[2]) Adickes, S. 53, 59.

[3]) Zitelmann, S. 459.

pflichtung, die ihm nach der Behauptung seines Gegners obliege, stünde. Es wird ihm die Antwort zuteil: es wäre eben so, wie der andere Teil behaupte: der Vater, der Grossvater und der Urgrossvater hätten das gethan, was von ihm verlangt werde, er solle nur auch leisten. Und thatsächlich leistet der Bauer, weil in früheren Fällen auch geleistet wurde, ohne jeden anderen Gedanken.

Ja, aber ergiebt sich daraus, dass bisher ein Satz Richtschnur des Handelns gewesen ist, dass er auch gegen denjenigen, der ihn nicht anerkennt, ev. zwangsweise durchgesetzt werden kann, kurz sein Gelten? Wenn eine Rechtspflicht nicht freiwillig erfüllt wird, dann liegt die Verwirklichung des an sich bestehenden Rechts den Gerichten ob. Einen Satz, der nicht auf Gesetz beruht, werden sie aber nur dann als geltend anerkennen und anwenden, wenn er mit starker Macht als Notwendigkeit sich aufdrängt, wenn seine Nichtbefolgung als Rechtsverletzung und Schädigung ideeller Güter angesehen wird.

Dies würde der Fall sein, wenn bei der Anwendung des Satzes auf die unter ihn fallenden Lebensverhältnisse die opinio necessitatis juridicae vorhanden gewesen ist, d. h. die Ueberzeugung, dass der Satz einen Bestandteil der Rechtsordnung der Gemeinschaft bildet[1]). Diese ideelle Macht fehlt aber einem Satze, der geübt wird, weil es früher auch so gewesen ist[2]).

3. § 3. Die Gestattungstheorien.

In früherer Zeit, vereinzelt auch heute[3]), wird die Geltung des Gewohnheitsrechts auf den Willen des Gesetzgebers zurückgeführt, sei es, dass hierunter ein ausdrücklich oder stillschweigend, ein allgemein oder speziell erklärter verstanden wird. Wenn

---

[1]) Uebereinstimmend Leonhard, allgemein. Teil des B.G.B. S. 47.

[2]) Ausser Zitelmann und Adickes sind Anhänger der Gewöhnungstheorie, Hölder, B.G.B., S. 54, ders. Pand. S. 29 ff., Dernburg, S. 59/60, gegen diese Gierke, S. 164, Regelsberger, S. 93.

[3]) Rümelin, S. 186 ff., Leonhard, S. 47, der übrigens auch ein vom Gesetz unabhängiges Gewohnheitsrecht anerkennt. Dworzak, S. 89, Binding, S. 202 ff.

diese Theorie[1]) richtig wäre, würde einmal das Gewohnheitsrecht jede Geltung aus eigener Kraft verlieren, also weit hinter das Gesetz zurücktreten. Ferner bedürfte es einer ausdrücklichen Bestimmung, die das Gewohnheitsrecht zulässt. Eine solche findet sich in den neueren Reichsgesetzen, insbesondere — was für uns am wichtigsten ist — im B.G.B. nicht. Genügt eine stillschweigende Anerkennung, dann müssten wenigstens Thatsachen vorhanden sein, die einen Schluss auf den im Gesetze ausgedrückten Willen gestatten[2]). Es ist aber allgemein anerkannt, dass z. B. das B.G.B. keinerlei Anhaltspunkte giebt (vgl. darüber unten). Aus dem blossen Schweigen darauf zu schliessen, dass es der Wille der gesetzgebenden Organe ist, dass die von ihnen erlassenen

---

[1]) Von Zitelmann Gestattungstheorie genannt. Nach einer anderen Theor., bes. vertret. von Eisele, S. 289, entstanden in Anlehn. an die alte Consensusth., die jedoch von den röm. Jur. nicht klar durchgef. wurde, (consensus omnium, utentium, populi, tacita civium conventio, vgl. Brie, S. 17 ff.) beruht alles Recht auf dem Willen der Rechtsgemeinsch., sei es, dass er ausdrücklich erklärt wird (im Gesetz) oder durch concludente Handlungen (in der Gewohnheit). Diese Theorie wird jedoch durch die thatsächlichen Verhältnisse nicht gerechtfertigt. Der Recht erzeugende Gesamtwille muss, soll er überhaupt rechtlich in Betracht kommen, sich in irgend einer Weise äussern. Dies ist nur möglich durch die Handlungen der Einzelnen (so auch Eisele, S. 301), die die Uebungsakte vornehmen müssen, in der Absicht, Recht zu setzen (so thatsächl. Reichsgericht I, No. 120: Ein besonderes Ehescheidungsr. auszubilden, haben die hessischen Consist. u. Gerichte nie beabsichtigt; ebenso wohl auch Eisele, S. 301: Die Einzelnen müssen handeln aus dem Triebe heraus, der die Gemeinschaft erfüllt). In Wahrheit geht die Erzeugung von Gewohnheitsr. stets unbewusst vor sich. Die Uebenden beobachten einen Satz, weil sie glauben, dass er geltendes Recht ist, nicht um neues Recht zu schaffen. (Vgl. hierzu auch Zitelmann, S. 368 ff.) Diese Absicht wird schon deshalb nicht vorhanden sein können, weil den Uebenden das Bewusstsein ihrer Fähigkeit fehlen wird. — Pernice, Bd. 21, S. 69 f. hält es nicht für geboten, Willens- und Ueberzeugungstheorie einander schroff gegenüber zu stellen: „Das Volk will einen Rechtsatz, der nach seiner Meinung schon besteht, wie man einen Zustand will, indem man ihn als bequem festhält.“ „Der Glaube, dass ein Satz als massgebender bestehe, bedingt, dass man sich seiner Herrschaft unterwirft, und damit dem Willen seiner Geltung.“ Ich möchte es bezweifeln, dass dies die Auffassung der röm. Schriftsteller gewesen ist, die die Entstehung des Gewohnheitsrechts mehrfach in Parallele stellten zur Entstehung des Gesetzes.

[2]) Hölder, B.G.B. S. 58, Osthelder, in der Zeitschr. „das Recht“ 1900, Heft 2, Glück, Pand. Bd. 1, S. 451.

Bestimmungen z. B. durch derogierendes Gewohnheitsrecht ausser Kraft gesetzt werden, ist nicht angängig[1]). Die ganze Theorie steht jedoch mit den Thatsachen nicht im Einklang. Denn häufig hat Gewohnheitsrecht bestanden, wo eine ausdrückliche Zulassung nicht stattgefunden hatte; und der Beweis der stillschweigenden Einwilligung, der doch erforderlich gewesen wäre, ist niemals verlangt worden[2]), gerade in den Perioden, wo das Gewohnheitsrecht die grösste Rolle spielte, konnte von einem solchen nicht die Rede sein. Nicht weniger haltlos erweist sich die Gestattungstheorie, wenn stillschweigende Genehmigung für jeden einzelnen Rechtssatz verlangt wird. Denn von einer stillschweigenden Zustimmung kann man nur dann sprechen, wenn die gesetzgebenden Organe Kenntnis von dem Umstande haben, dem sie ihre Billigung erteilen sollen. Dass diese aber im einzelnen Falle wirklich vorhanden gewesen ist, ist niemals unter Beweis gestellt worden[3]). Dies muss man auch Schmidt[4]) entgegen halten, der allerdings aus dem absoluten Schweigen des Gesetzes schliessen will, dass dieses mit dem Inhalte des entstandenen Gewohnheitsrechts einverstanden ist. Dieser Schluss ist aber eben nur dann zulässig, wenn die gesetzgebenden Organe bewusstermassen dort nicht thätig werden, wo sie ihrer Bestimmung nach thätig werden müssten, wenn sie Kenntnis haben von der Entstehung einer Gewohnheit. Selbst in dem für die Gestattungstheorie günstigsten Falle, dass im Gesetz die Voraussetzungen normiert sind, unter denen es Gewohnheitsrecht anerkennen will, nehme ich nicht an, dass seine Geltung auf den Willen der Träger der gesetzgebenden Gewalt zurückzuführen ist. Das Gesetz kann immer nur solche Thatsachen festsetzen, die an sich geeignet sind, Gewohnheitsrecht zu erzeugen; wohl aber kann man sagen, dass regelmässig auf diesem Wege ein Zustandekommen eines Gewohnheitsrechtssatzes erleichtert wird, während sich umgekehrt auch Fälle denken lassen, in denen die rechtliche Normierung die Bildung einer Rechtsgewohnheit erschwert. Lediglich eine Modification der Gestattungstheorie ist

---

[1]) Schuppe, S. 153, Hölder l. c., S. 58.
[2]) Bierling, S. 25.
[3]) Windscheid, S. 41, Regelsberger, S. 86.
[4]) Schmidt, S. 30—33.

die Lehre Bruno Schmidt's. Dieser führt die Geltung des Gewohnheitsrechtes nicht auf die Legislative als solche, sondern auf den Staat schlechthin zurück. Gegenüber dieser neuen Lehre gilt im ganzen (vgl. Schmidt, S. 61) dasselbe, was bisher gegen die Gestattungstheorie ausgeführt worden ist. Bemerkenswert ist es, wenn Schmidt (S. 36) für den Fall, dass der Staat von dem Gewohnheitsrecht schweigt, oder es sogar verbietet, sagt: „dass das Gesetz sich gegen die Macht der Thatsachen nicht behaupten kann", „dass sich das praktische Leben bei beharrlicher Weigerung der Legislative bald selbst helfen wird," und „dass den veränderten Verhältnissen die Jurisdiction wohl oder übel wird Rechnung tragen müssen." Was bedarf es in diesem Falle noch des Eingreifens des Staates! Es ist fertiges Recht da, das ebenso angewandt werden will, wie das Gesetz, und zu dieser Ueberzeugung muss man auch kommen, wenn man sich die andere Ansicht ansieht und auch ihre Konsequenzen bedenkt.

Der Richter soll einem langgeübten Rechtssatze gemäss entscheiden, sobald er vermutet, dass der Träger der gesetzgebenden Gewalt gegenüber den im Volke herrschenden Anschauungen nicht auf dem Standpunkte des Gesetzes verharren würde, wenn er selbst Gelegenheit hätte, sich darüber auszusprechen. Zu einer solchen Vermutung soll also der Richter selbst dann berechtigt sein — allerdings nur bei veränderten Verhältnissen — wenn das Gesetz sie vorher ausdrücklich ausgeschlossen hat[1]). Was dem Richter das Recht geben sollte, einen solchen Schluss zu ziehen, ist unerfindlich. Die Vermutung wird häufig zur Fiction werden und dann besteht das Gewohnheitsrecht, nicht vermöge eines fremden Willens, sondern aus eigener Kraft. Aber das wollen ja die Anhänger der alten Gestattungstheorie und Schmidt nicht zugeben. Und so ist es nur konsequent, wenn letzterer behauptet[2]), dass der Staat nicht nur auf dem Wege der Gesetzgebung, sondern auch mit Hülfe seiner jurisdictionellen Organe erklären kann, was Recht ist. In Deutschland haben diese jedoch nur die Befugnis Recht anzuwenden.

---

[1]) Affolter, S. 729. Vgl. hierzu auch Binding, S. 210.
[2]) Schmidt, S. 39.

An dieser Stelle soll auch in aller Kürze auf Bülow's[1]) eigentümliche Ansicht eingegangen werden. Der genannte Schriftsteller bestreitet nicht nur die selbständige Existenz des Gewohnheitsrechts als Rechtsquelle, er vertritt sogar die Ansicht, dass es niemals Gewohnheitsrecht gegeben habe. Schon bevor Gesetze existierten, habe der Staat in seiner Organisation als richterliche Gewalt für die Rechtsbildung Sorge getragen[2]). Die jurisdictionellen Organe hätten allerdings nicht Rechtsregeln geschaffen, ihre Entscheidungen wären nur Recht gewesen für den einzelnen Fall: Man müsse zu dieser Annahme kommen, denn es sei unerklärlich, wie aus dem Volke heraus, ohne Mitwirkung der obrigkeitlichen Gewalt, einheitliche Rechtsüberzeugungen entstehen könnten[3]), unerklärlich sei es insbesondere auch, wie sich eine über den einzelnen Rechtsfall hinausgehende Rechtsüberzeugung von genereller Bedeutung bilden könnte[4]).

Bülow giebt aber selbst zu, dass es Volkssitten, „im Volke vorwaltende Ueberzeugungen" gegeben habe, die die Gerichte ihren Entscheidungen zu Grunde legten[5]). Die „Gewöhnungen" sind doch aber ihrer Natur nach einheitlich und generell. Welche Momente derartige generelle Rechtsüberzeugungen entstehen lassen, soll hier nicht erörtert werden. Es genügt die Thatsache, dass es solche Momente giebt und dass sie wirken. Dass sich die gewöhnliche Sitte von der Rechtssitte[6]) unterscheidet, dass sich dieser Unterschied im einzelnen Falle in der Praxis auch feststellen lässt und worin der Unterschied besteht, soll an anderen Orten gesagt werden.

Es kann zugegeben werden, dass besonders in älterer Zeit in vielen Fällen, wenn die Gerichte eingriffen, gesetzliche Bestimmungen fehlten und eine ausgeprägte Gewohnheit noch nicht vorlag, dann hatten die Richter allerdings in vielen Fällen nach ihrem Rechtsgefühl zu entscheiden. In denjenigen Fällen aber, in denen auf der Rechtsüberzeugung des Volkes ruhende Gewohn-

---

[1]) Bülow, S. 68 ff.
[2]) Bülow, S. 105 f.
[3]) Bülow, S. 85 ff., 91 ff., 107.
[4]) Bülow, S. 85 f.
[5]) Bülow, S. 94 f.
[6]) Zu Bülow, S. 77.

heiten vorhanden waren, sei es, dass sie sich organisch aus dem Volk heraus entwickelt hatten, oder durch die Praxis der Gerichte entstanden waren und mit Macht zur Anwendung drängten — es erscheint rätselhaft, wie Bülow[1]) die solchen Ueberzeugungen unter Umständen innewohnende Energie bestreiten kann — in diesen Fällen bestand, und kann auch heute vorkommenden Falles die Thätigkeit der Gerichte nur in der Feststellung und Anwendung des schon geltenden Rechts bestehen[2]).

Gegen alle Schattierungen der Gestattungstheorie — die Lehre Bülows, die die Existenz des Gewohnheitsrechts ja leugnet, ausgenommen, — spricht aber, dass unmöglich die Gewohnheit ihre Geltung aus dem Gesetze herleiten kann. Eher umgekehrt. Das Gesetz könnte seine verbindliche Kraft der Gewohnheit[3]) verdanken. Denn steht einmal fest, dass die Gewohnheit in der Entwicklung der Völker zeitlich vor dem Gesetz zur Entscheidung kommt, so liegt eine derartige Annahme nahe. Das zeitliche Verhältnis ergiebt sich aber mit Notwendigkeit aus dem inneren Wesen der Rechtsquellen, indem sich in der Gewohnheit das Gefühl, der Instinkt geltend macht, das Gesetz sich aber als ein Produkt des „kritischen Verstandes" darstellt. Das Gewohnheitsrecht ist aber nicht nur das frühere im Vergleich zum Gesetz, sondern überhaupt ursprünglich; denn in ihm kommt der Rechtstrieb, der eine Gemeinschaft Bildenden zur ersten Erscheinung. Das Gewohnheitsrecht hat also selbständige Existenz: Unmittelbar auf der Gesamtüberzeugung des Volkes beruhend, wird der Satz zum Rechtssatz, wenn er sich in Uebung bewährt und Kraft erlangt.

IV. § 4. Endgültige Feststellung des Begriffs.

Die letzten Worte des vorigen § enthalten bereits die massgebenden Momente für den Begriff des Gewohnheitsrechts: Das Gewohnheitsrecht, eine selbständige Rechtsquelle — um noch ein-

---

[1]) Bülow, S. 76.

[2]) Ebenso wie z. B. bei einer Kaufklage, der Richter die Pflicht zur Abnahme, bezw. Lieferung oder Zahlung, nicht schafft, sondern lediglich konstatiert.

[3]) Puchta 1, S. 209, Crome, S. 339; Dworzak, S. 72. — Gierke, S. 162. Schuppe, S. 58 f., 151; Eisele, S. 299.

mal das Allerwesentlichste kurz hervorzuheben — ist, wenigstens in der Idee, unabhängig von der Anerkennung oder Nichtanerkennung der organisierten Gemeinschaft. Die Uebung, das äussere reale Moment, kann nicht als allein erforderlich zur Hervorbringung von Gewohnheitsrecht angesehen werden. Auch die Rechtsüberzeugung kann für sich nicht Recht schaffen, es muss die Gewohnheit hinzukommen, damit der Satz in bestimmter Ausprägung, mit dem Gemeinbewusstsein noch enger verwächst und, nachdem er ein dem Gesetze gleiches Ansehen in dem betreffenden Lebenskreise sich erobert hat[1]), die Nachhaltigkeit, mit der sich das Volk auf den Satz als Teil der Rechtsordnung beruft[2]), auch die Organe des Staates zur Anwendung zwingt. Regelmässig wird sich zuerst in der Ueberzeugung eines Kreises die Ansicht bilden, dass etwas Recht ist. Aber man wird zugeben müssen, dass sich sehr wohl Fälle denken lassen, wo die Uebung das Ursprüngliche ist und, mag sie Zweckmässigkeitsgründen oder der Willkür und dem Zufall ihre Entstehung verdanken, in den Beteiligten erst mit der Zeit die Vorstellung rege wird, dass es sich um Anwendung geltenden Rechtes handelt. Für manche ins einzelne gehende Bestimmungen und solche, „in deren Natur eine relative Gleichgültigkeit liegt[3])“ hat schon Savigny die Gewohnheit als Grundlage der Rechtsüberzeugung anerkannt. Andrerseits hat Beseler auf Grund davon dass in gewissen Fällen die Uebung, aus der Rechtsanschauung des Volkes ihre Kraft ziehend, in kurzer Zeit zum geltenden Rechte wird, in anderen Fällen sich erst auf Grund der irgendwie entstandenen Uebung die Rechtsüberzeugung allmählich bilden muss, das Gewohnheitsrecht im ersten Falle als Volksrecht, im zweiten als Herkommen bezeichnet[4]).

---

[1]) Dieser Gedanke stammt aus einer Bemerkung des Herrn Geh.-Rat Leonhard. Vgl. auch Bülow, S. 75/76.

[2]) Vgl. hierzu Sturm, Recht u. Rechtsqu., S. 29, Kampf des Gesetz. mit der Rechtsgewohnh., S. 13.

[3]) Savigny I, S. 35—37.

[4]) Zu den Ausführungen in diesem § vergleiche Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, S. 80, Beseler, System 4. Aufl., S. 83, 96, Gierke, S. 165, Regelsberger, S. 95 ff., Endemann, S. 53, Engelmann, S. 20, Staub, allgemeine Lehren Art. 28, Kuhlenbeck, S. 158, Leonhard, S. 46.

Ob diese Teilung[1]) notwendig, vor allem praktisch durchführbar ist, kann hier als unerheblich für unsere Zwecke ununtersucht bleiben. Es genügt noch ausdrücklich festzustellen, dass beide nur Unterarten des einheitlichen Begriffes Gewohnheitsrecht sind.

II. a) Neben der Rechtsüberzeugung und Uebung ist häufig aber noch von anderen Momenten bei der Rechtsbildung, Nicht-Irrtümlichkeit und Rationabilität, die Rede. Einige Neuere[2]) allerdings sehen diese als vollkommen unerheblich an. Trotzdem möchte ich mich ihnen nicht anschliessen.

Der Irrtum, dass es sich um Anwendung geltenden Rechtes handelt, ist dann unerheblich, wenn die Beteiligten auch nach erfolgter Aufklärung dabei bleiben, dass der Satz Recht ist, oder anders ausgedrückt, wenn der Satz in einer Weise in die Rechtsüberzeugung hineingewachsen ist, dass er von jener Annahme unabhängig dauernd geübt wird[3]).

b) Die Erfordernisse der Vernünftigkeit und Sittlichkeit sind für das gemeine Gewohnheitsrecht zu streichen. Was für ein Volk vernünftig und sittlich ist, bestimmt es sich selbst[4]). Ein Ausdruck seiner Anschauung von Vernunft und Sitte ist das Recht[5]).

---

[1]) Mit dieser Differenzierung selbstverständlich nicht identisch, aber ihr jedoch entsprechend die Teilung bei Adickes, gemeinsame Rechtsüberzeugung und Gewohnheit.

[2]) Endemann, S. 54, Cosak, S. 41, Gierke, S. 168 ff. Nur den Irrtum betrachtet als unerheblich Kuhlenbeck, S. 161. Bedenken macht ihm nur die l. 15 D 21: quid enim tam contrarium consensui est quam error qui imperitiam detegit, welche er trotz Zitelmann, S. 369 meiner Ansicht nach falsch versteht, weil hier von einer Uebereinstimmung beim Vertrage die Rede ist.

[3]) Zu demselben Ergebnis kommen in ausführlicher teils ähnlicher, teils anderer Begründung Regelsberger, S. 97, Hölder, Pandekten S. 32, Windscheid, S. 71 a 3, Dernburg, S. 61, Reichsger. Bd. II S. 182 ff., Schmid, Bruno, S. 51, Sturm, Gewohnheitsrecht und Irrtum, S. 12, ders., Recht und Rechtsquellen, S. 158.

[4]) Etwas, was immer und überall vernünftig ist, giebt es nicht. Vgl. hierzu die das röm. Recht betreffenden Ausführungen Sturms, Recht und Rechtsquellen, S. 159 f.

[5]) Ich bin mir wohl bewusst, dass das Recht nicht immer diesen Anforderungen entspricht. Es handelt sich hier um das ideale Recht, wie es sein würde, wenn nicht ein Gesetzgeber, der nicht geneigt ist den Volksanschauungen Rechnung zu tragen, dem Volke ein fremdes Recht aufoctroyiert.

Beruht nun ein Satz auf der Gesamtüberzeugung des Volkes, dann ist er eben deswegen, weil er ist, vernünftig und sittlich und Recht; nimmt man aber fremde Anschauungen zum Masstabe, etwa der volksfremde Richter seine individuellen, oder die eines bestehenden Gesetzes, dann entzieht man dem Volke im weitesten Umfange die Möglichkeit sein Gemeinleben selbst zu ordnen, dem Gewohnheitsrecht seine Existenz.

Beruht ein Satz nicht auf der Volksüberzeugung, dann hat man drei Fälle zu unterscheiden:

1) Es findet sich zwar nicht eine Ueberzeugung des ganzen Volkes, aber eines räumlich zusammenhängenden Teils, es liegt particulares Gewohnheitsrecht vor. Dann folgt aus dem Verhältnis des Teiles zum Ganzen, dass aus einer irrationablen Gewohnheit nicht Recht werden kann. Denn es würde eine Auflösung der Gemeinschaft bedeuten, wenn sich ein Teil von der in Kultur, Moral, Sitte und allgemeine Einrichtungen einheitlichen Grundlage, auf der die Gemeinschaft sich erhebt, loslösen könnte[1]).

2. Analog liegen die Verhältnisse und verlangen darum eine gleiche Behandlung, wenn sich ein besonderes Gewohnheitsrecht herausbildet für einen einzelnen Stand oder Beruf.

3. Ergreift die Ueberzeugung einen Teil, der nicht unter die genannten beiden ersten Fälle zu rechnen ist, dann wird es zur Bildung von Gewohnheitsrecht nur höchst selten kommen. Geschieht es ausnahmsweise doch, dann wird auch hier das gelten müssen, was für die beiden ersten Fälle gesagt ist[2])[3]).

---

[1]) So Savigny I, S. 196.

[2]) Für das Erfordernis der Rationabilität Puchta II, S. 53 ff. (insofern die Gewohnheit nicht verstossen darf gegen ein höheres Prinzip der Religion, der guten Sitte und des Rechts.) Uebereinstimmend mit ihm Kuhlenbeck, S. 159, Dernburg, S. 61. Die hier vertretene Ansicht teilen Windscheid, S. 72, der allerdings nicht die Konsequenz unter 2 gezogen hat, Regelsberger, S. 97, Hölder Pandekten, S. 37.

[3]) Ad. 1, 2 und 3: Rationabilität auch hier nicht gefordert v. Schmidt, S. 52 ff., der allerdings davon ausgeht, dass auch das particuläre Recht von dem Gemeinwillen erzeugt wird — nach ihm particuläres Recht genannt, weil es nur für eine pars gilt.

II. Erscheinungsformen oder Grenzbegriffe?

1) § 5. Allgemeines.

Neben den zweifelfreien gewohnheitsrechtlichen Bildungen giebt es in jeder Gemeinschaft Erscheinungen, z. B. die Praxis der Gerichte und das sogenannte Herkommen, deren Zugehörigkeit zum Gewohnheitsrecht bestritten ist.

Daraus ergiebt sich für mich zweierlei: 1) muss man diese Erscheinungen zum Gewohnheitsrecht rechnen, dann gilt natürlich, soweit nicht besondere Gründe für die Annahme des Gegenteils vorliegen, das, was vom Gewohnheitsrecht im Allgemeinen zu sagen ist, auch von ihnen: die Zulassung oder Nichtzulassung des Gewohnheitsrechtes durch ein Gesetz trifft auch sie. Andererseits wird ihre Zugehörigkeit zu dieser Art des objektiven Rechts erheblich ins Gewicht fallen müssen, wenn man in die Lage kommt, aus Zweckmässigkeitsgründen für oder wider das Weiterbestehen des Gewohnheitsrechts einzutreten. Vor allem aber erhebt sich die Frage, ob nicht in diesen Bildungen trotz etwaiger Beschränkungen, die das Gewohnheitsrecht durch das B.G.B. erfahren hat, unbeachtet von den Faktoren der Gesetzgebungsgewalt, vielleicht sogar unbewusst von ihnen gebilligt, in solchen Formen Gewohnheitsrecht irgendwo erscheinen wird. (Verkehrssitte.) Darum soll im Folgenden auf diese Erscheinungen, das Juristenrecht, die Verkehrssitte und das Herkommen eingegangen werden.

2) § 6. Recht der Wissenschaft; Theorie und Praxis in ihrem Einflusse auf die Entstehung von Gewohnheitsrecht.

Die Thätigkeit der Juristen, soweit sie eine rein fachwissenschaftliche ist, besteht im wesentlichen in der Unterordnung der concreten Thatsachen unter die abstracten Normen des Rechts. Dies geschieht mittelst der Auslegung und Analogie — wenn positives Recht vorhanden ist. Wo es für einen der gesetzlichen Regelung bedürftigen Thatbestand des gemeinen Lebens an jedem Rechtssatze oder gesetzlichen Princip fehlt, wird das ius aequum

oder Idealrecht, das den Dingen von Natur innewohnt[1]), zu Grunde gelegt. So wirkt die Jurisprudenz schöpferisch. Denn im letzten Falle stellt sie das den menschlichen Lebensverhältnissen immanente Recht heraus; durch Auslegung und Analogie, die nahe miteinander verwandt sind, entfaltet sie das geltende Recht zu neuen Sätzen. Sind diese neu gewonnenen Sätze Gewohnheitsrecht, oder können sie es werden? Man pflegt bei der Beantwortung der Frage zu unterscheiden, ob die Sätze in theoretischer oder praktischer Beschäftigung[2]) mit dem Recht gewonnen sind.

---

[1]) In denjenigen Fällen, in denen das positive Recht, selbst bei freiester Behandlung eine Regelung der einer solchen bedürfenden Lebensverhältnisse nicht giebt (ob Analogie für das Gewohnheitsrecht möglich ist, ist bestritten, vgl. bejahend Goldschmidt, S. 304, verneinend ohne Gründe: Sturm, Recht u. Rechtsquellen, S. 176; ich sehe aber nicht recht ein, warum es beim Gewohnheitsr. keinen Analogieschluss geben sollte), muss der Schriftsteller oder Richter gleichsam die Rolle des Gesetzgebers spielen. Er hat unter Berücksichtigung der objectiv gegebenen Natur der Lebensverhältnisse unter möglichster Anlehnung an das positive Recht die Principien zu schaffen, nach denen eine Regelung erfolgen kann. Er hat also nicht zu entscheiden nach dem lediglich individuellen Meinen, es soll nicht dem Naturrecht wieder ein Platz eingeräumt, vielmehr das den Lebensverhätnissen in ihrer derzeitigen Gestaltung entsprechende Recht aufgefunden werden. — Die Natur des Rechtsverhältnisses, von der hier gehandelt wird, wird z. B. auch im § 269 B.G.B., Art. 325, 359 des allg. d. H.G.B. als massgebend anerkannt (vgl. Kohler, über die Interpretation von Gesetzen, bei Grünhut, Bd. 12, S. 57. Goldschmidt, S. 302 ff. Dernburg, Pand. I, S. 87. Aehnlich Windscheid-Kipp, I, S. 90 ff., anders Savigny I, 290, der mit der Gesetzes- u. Rechtsanalogie bei Lücken auskommen zu können glaubt, ebenso Entwurf eines B.G.B., dessen § 1. bestimmte: „Auf Verhältnisse, für welche das Ges. keine Vorschriften enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften Anwendung. In Ermangelung solcher Vorschriften, sind die aus dem Geiste der Rechtsordng. sich ergebenden Grundsätze massgebend.“ Nach Brinz I, S. 129 und Bergbohm, I, S. 372 ff. giebt es überhaupt keine Lücken im Recht. Das ist irrig für unsere Verhältnisse (vgl. Windscheid-Kipp, S. 92, Anm. 1 b, gegen die Annahme der Lückenlosigkeit des Staatsrechts vgl. auch Brie im Archiv f. öffentl. Recht Bd. IV S. 31—32) und erst recht unhaltbar für den Anfang der Entwickelung des positiven Rechts.

[2]) Kommt man bezüglich der Bedeutung des „Rechts der Theorie und der Praxis“ für die Bildung von Gewohnheitsrecht zu demselben Resultate wie ich, dann dürfte es überflüssig sein, einen solchen Gegensatz zu

a) dem Recht der Theorie schreibt in neuerer Zeit nur Regelsberger eine äussere Autorität zu[1]): „was von den hervorragendsten Vertretern der Wissenschaft gelehrt wird, hat die Vermutung der Richtigkeit für sich". Thatsächlich richtig aber ist das, was wissenschaftlich wahr ist. Abgesehen davon, dass es im einzelnen Falle zweifelhaft sein und infolgedessen im Belieben des Richters stehen wird, wen er zu den hervorragendsten Vertretern zählen will, ist für ihn wissenschaftlich wahr, was er dafür hält. So wäre für das, was Recht ist, der Richter massgebend. Wohl aber kann das, was die Wissenschaft lehrt, zum Gewohnheitsrecht werden, wenn der Satz um seiner selbst willen, nicht wegen seiner wissenschaftlichen Begründung befolgt wird[2]).

b) Im ersten Augenblick könnte es scheinen, als ob man von einem Rechte der Praxis ebensowenig reden könnte, wie von einem Rechte der Theorie. Man sagt von der Praxis, sie wende nur Recht an, aber aus meinen obigen Ausführungen dürfte hervorgehen, dass sie auch Sätze erzeugt. Allerdings schafft jede Entscheidung nur Recht für den einzelnen Fall. Darüber hinaus bindet sie nicht. Aber sie hat eine gewisse äussere Autorität. Man muss das Gegenteil für erwiesen, nicht blos für wahrscheinlich halten, soll man von ihr abgehen. Und diese Autorität wächst, je grösser die Zahl der gleichlautenden Entscheidungen ist, je öfter man also auf Grund selbständiger Erwägungen zu demselben Resultat gekommen ist[3]). Es ergiebt sich daher die Frage: können dadurch, dass lange Zeit von allen Gerichten des Landes übereinstimmende Entscheidungen ergehen, diese von ihrer Begründung unabhängig und damit Recht werden? Nicht weniger als vier Antworten sind hier möglich:

1) Nach Puchta schaffen die Juristen Recht, soweit sie ihre Ansicht nicht wissenschaftlich begründen, sondern entscheiden als die natürlichen Repräsentanten und Depositarien des nationalen

---

construieren. Ganz unhaltbar scheint mir die Teilung in Recht der Wissenschaft und Recht der Praxis, denn auch die Praxis kann wissenschaftlich sein. Wie hier Bekker, S. 25, ausser ihm nur Gierke, S. 180.

[1]) Regelsberger, S. 88, 108.

[2]) Uebereinstimmend Windscheid S. 74 a 8, Gierke S. 180, Hölder S. 57, Unger bei Dworzak S. 81, Leonhard Allgem. Teil S. 41.

[3]) Vergl. hierzu die im Verlaufe dieses Abschn. noch citirten.

Rechtsbewusstseins auf Grund ihrer Rechtsüberzeugung [1] [2]), aber eben nur insoweit und dann unmittelbar Gewohnheitsrecht. Im einzelnen Falle aber werden sich Zweifel ergeben, wann die Juristen auf Grund ihres Rechtsbewustseins als des nationalen entschieden haben und ob überhaupt dieses mit dem der Nation übereinstimmt [3]). Dass die Juristen durchaus nicht immer die natürlichen Vertreter der Nationen sind, hat auch Windscheid [4]) gefühlt, der den Standpunkt Puchtas teilt [5]). Dass der Juristenstand kein geschlossener Stand ist — das von ihm zur Unterstützung herangezogene Argument — vermag aber meiner Ansicht nach daran nichts zu ändern.

2) Die Praxis erzeugt Rechtssätze minderen Grades [6]). Wenn es aber richtig ist, dass das Recht über dem Richter steht, insofern es als Produkt der Ueberzeugung oder des Willens der Gemeinschaft allgemeine Anwendung verlangt, dann kann es „Rechtssätze minderen Grades“ nicht geben, deren Anwendung von dem, wenn auch wissenschaftlich begründeten, subjectiven Ermessen des Richters abhängt.

3) Der Gerichtsgebrauch erzeugt Rechtssätze mit voller Geltungskraft, sei es, dass er als Unterart des Gewohnheitsrechts gilt oder als selbständige Rechtsquelle [7]). Meiner Ansicht nach

---

[1]) Puchta, Vorlesungen S. 38.

[2]) Puchta teilt also nicht, wie es allgemein heute üblich ist, das Juristenrecht in das Recht der Theorie und der Praxis: sondern in Sätze, die „durch die Gültigkeit der inneren Gründe gestützt werden“ und solche, die einer inneren Begründung nicht fähig sind, von Natur etwas Willkürliches an sich haben und sich stützen auf die Ansichten der Juristen als der Repräsentanten des nationalen Rechtsbewusstseins. Puchta, Gewohnheitsrecht S. 16 ff.

[3]) Dworzak S. 84.

[4]) Windscheid S. 46.

[5]) Uebereinstimmend auch Regelsberger S. 95.

[6]) Protokolle zur 2ten Lesung ad A. 2 Einführungsgesetz, Regelsberger S. 88, Dernburg S. 64 ff (der aber die Möglichkeit einer Abänderung des Gerichtsgebrauches nur annimmt bei Veränderungen im Volksleben, in den Staatseinrichtungen, in der Gorichtsverfassung und selbst gegenüber durch greifenden wissenschaftlichen Bewegungen.

[7]) Gierke S. 179, Kuhlenbeck S. 161, Reinhold S. 520.

liegt aber ein tief greifender Unterschied vor zwischen dem gewöhnlichen Gewohnheitsrecht und diesem. Ersteres wird von der Ueberzeugung und Uebung der Beteiligten getragen, letzteres beruht auf der Ueberzeugung und Uebung der Juristen. Warum diese aber für die Gemeinschaft bindendes Recht schaffen sollen, hat wohl auch Gierke nicht hinreichend begründet.

4) Trotzdem glaube ich, dass der Gerichtsgebrauch bindet, nicht aus eigener Kraft, als solcher, sondern dann, wenn die Rechtsanschauung der Gerichte in die Rechtsüberzeugung der Beteiligten übergegangen ist, ihr Verhalten beeinflusst, also zur Bildung von Gewohnheitsrecht Veranlassung gegeben hat[1]); aber eben nur dann. Dass sich Gewohnheitsrecht gebildet hat, ist heute gerade bei demjenigen, das auf diese Weise entstanden ist, nicht schwer zu erkennen. Für die Bekanntschaft mit den Entscheidungen sorgen ja heute in ausgiebigem Masse für die Interessenten die Fachblätter und jener reges Interesse selbst, bei allgemein interessierenden Urteilen die Tagespresse. Dass im Volke die neue Regelung Wurzel gefasst hat, dokumentiert es dadurch, dass es die ergangenen Entscheidungen als Recht hinnimmt und nicht immer wieder bestrebt ist, eine Abänderung der Entscheidung herbeizuführen[2]). Ja es ist die Hoffnung ausgesprochen worden, dass auf diese Weise unser Gesetzbuch „in einer ungeschriebenen Form geistiges Besitztum der Massen“ werden, also unser gesetzliches Recht als Gewohnheitsrecht im Volke Wurzel fassen würde[3]).

---

[1]) Hölder Allgemein. Teil des B.G.B. S. 56, Leonhard S. 41; zu diesen möchte ich auch Schuppe S. 106 zählen. Er sagt zwar S. 107: „Jedenfalls hat die beständige Gerichtspraxis nur dann eine den Richter bindende Bedeutung, wenn angenommen werden darf, dass sie wirklich die specielle Rechtsüberzeugung der Bevölkerung enthält . . . . “ Er scheint sich damit der unter 1 citierten Puchta'schen Ansicht zu nähern. Aber in der Anm. S. 107 heisst es ganz deutlich: „Letzterer Erfolg (eine Norm zu schaffen) würde nur dann eingetreten sein, wenn es ihnen gelungen wäre, in der Bevölkerung eine lebendige specielle Rechtsüberzeugung dieses Inhalts hervorzubringen.“ Jeder Zweifel, zu dem der erstcitierte Satz Anlass geben könnte, wird m. A. noch durch den Hinweis beseitigt werden können, dass Schuppe — übrigens zutreffend — von einer Wechselwirkung zwischen der beständigen Gerichtspraxis und der Rechtsauffassung der Bevölkerung ausgeht.

[2]) Hölder, Allgemein. Teil z. B.G.B. S. 66.

[3]) Leonhard, in den Verhandlungen des 20. Juristentages, S. 113.

3. § 7. Die Verkehrssitte — Gewohnheitsrecht?

§§ 157, 242 B.G.B.

Mit dem Erscheinen des B.G.B. ist auch eine Streitfrage wieder in den Vordergrund getreten, die bisher auf dem Boden des H.G.B. eine Rolle gespielt hat, nämlich ob die Verkehrssitte ein Gewohnheitsrecht ist oder nicht. Wäre das der Fall, dann hätte dasselbe auf einem von den Faktoren der Gesetzgebungsgewalt nicht beabsichtigten Wege Eingang gefunden (vgl. § 2 des 1. Entwurfs und § 359 ebendort).

So unendlich verschieden die Beziehungen sind, die im Verkehrsleben auftauchen, soweit geht die Mannigfaltigkeit nicht, dass sich nicht Tausende von Geschäften stets in gleicher Weise abwickelten. Auch hier bildet sich, da auf diese Weise in gewissen Grenzen immer wieder dasselbe wiederkehrt, eine feste Schablone. Man hat etwas einmal gethan, weil man es für bequem, zweckmässig, angemessen hielt, und dieselben Faktoren sind es, die dann für die Beibehaltung des einmal geübten Verhaltens sorgen. Eine besondere Vereinbarung findet darum nicht statt. Jeder rechnet und darf damit rechnen, dass ein Geschäft sich so abwickelt, wie tausende vorher und tausende nachher; und auch wer ausserhalb eines Verkehrskreises steht, weiss regelmässig, dass innerhalb desselben gewisse Usancen, Geschäftsgebräuche, Gewohnheiten herrschen, die sich während einer langen Zeit bei widerstreitenden Interessen bewährt haben, denen er also die nähere Ausfüllung des Geschäftinhaltes überlassen kann, ohne sie selbst näher zu kennen. Was bisher erörtert wurde, ist unbestritten, dass die Verkehrssitte vorzugsweise in Betracht kommt, weil es dem Willen der Beteiligten entspricht, sie dem Geschäfte zu Grunde zu legen. Nun lassen sich aber Fälle denken und kommen thatsächlich sehr häufig vor, wo der Geschäftsgebrauch zu Grunde gelegt wird, ohne dass von vornherein die damit gegebene Regelung des Rechtsverhältnisses gewollt war. Am weitesten geht in der Zulassung dieser Möglichkeit Staub, vielleicht zu weit. „Wer etwas anderes will als die Verkehrssitte verlangt, muss dies deutlich erklären. In dieser Weise die Verkehrssitte zu berück-

sichtigen, gebieten Treu und Glauben im Rechtsverkehr. Das ist der Sinn des § 157 B.G.B.[1])."

Wenn das richtig wäre, dann wäre ein wesentliches Merkmal weggefallen, das die Verkehrssitte vom Gewohnheitsrecht scheidet. Denn wie immer beim dispositiven Rechtssatz — die Verkehrssitte ist dispositiv — ist auch vom Gewohnheitsrecht, falls es als dispositiver Rechtssatz in Betracht kommt, zu sagen, dass er anzuwenden ist, wenn die Parteien nicht einen entgegengesetzten Willen erklären. Staub[2]) definiert die Verkehrssitte „als eine Uebung des Verkehrs, die darauf beruht, dass man das Geübte für sittlich und anständig hält." Die Verkehrssitte ist aber nicht lediglich ein Ausfluss der Verkehrsmoral. Oder lassen etwa die Königsberger Kaufleute beim Platzhandel mit Roggenkleie die Säcke nach 8—14 Tagen selbst zurückholen[3]), weil sie das für anständig halten? Bei gewissen Kaufgeschäften ist dem Käufer ein Abzug, Rabatt gestattet. Wenn der Verkäufer dies zulässt, thut er es, weil er damit einer sittlichen Pflicht genügen will? Staub selbst giebt zu, dass die Sätze der Verkehrssitte durch den deutlich erklärten Willen der Parteien ausgeschlossen werden können. Würde aber eine Vereinbarung, die das Sittliche und Anständige ausschliesst, nicht gegen die guten Sitten verstossen? Verkehrssitte — Staub hatte bei seiner Definition nicht zwischen Sittlichkeit und Sitte geschieden — ist nicht vielmehr das, was bei einer gewissen Art von Geschäften regelmässig bestimmt zu werden pflegt, kurz das Uebliche[4]), das Übliche aber immer zu berücksichtigen, wenn nicht die Parteien einen entgegengesetzten Willen erklärt haben, gebietet keineswegs die Rücksicht auf Treu und Glauben. Allerdings braucht man nicht zu sagen, dass die Verkehrssitte keine Bedeutung für die Vertragschliessenden habe, wenn beide Teile sie nicht kannten[5]). Fälle, wo sie trotzdem in Betracht kommt, lassen sich wohl denken[6])[7]). Das Gebräuch-

[1]) Staub, Comm., Allgemeine Einleitung a. 19.

[2]) Staub, S. 7 Anm. 19.

[3]) Endemann, S. 425.

[4]) Regelsberger, S. 100.

[5]) Dernberg, B.G.B. II, S. 25, ebenso Mot., S. 9.

[6]) Vgl. Staub, § 3, 146 a. 9.

[7]) Einen solchen führt aber nicht, wie er selbst glaubt, Jacoby bei Gruchot 34, S. 565 an. Er sagt: wird mir, während ich meinen Wohnsitz

liche kommt nämlich überall und nur dann in Betracht, wo es der Rücksicht auf Treu und Glauben entspricht. Und so fasse ich auch die §§ 157, 242 B.G.B. auf: der Richter ist verpflichtet nach Treu und Glauben zu entscheiden: was Treu und Glauben fordern, dafür giebt ihm die Verkehrssitte einen Massstab; würde die Berücksichtigung der Verkehrssitte gegen Treu und Glauben verstossen, dann ist sie unbeachtet zu lassen. Wenn dies richtig ist, so folgt, glaube ich, schon hieraus, dass die Sätze der Verkehrssitte keine Rechtssätze sind, da sie ja nicht unbedingt, weil sie eben da sind, sondern nur weil das Uebliche im einzelnen Falle Treu und Glauben entspricht, herangezogen werden[1] [2].

Aber selbst wenn meine ganze bisherige Beweisführung unrichtig ist, so folgt daraus noch nicht, dass die Gebräuche auf Gewohnheitsrecht beruhende Rechtsnormen sind. Allerdings soviel wird man Jacoby[3] zugeben müssen, dass inhaltlich zwischen den Sätzen der Verkehrssitte und des Gewohnheitsrechts kein Unterschied besteht, wie ja schon die auch von Danz[4] benützte Thatsache beweist, dass viele Sätze, die sich im Verkehr herausgebildet hatten, nunmehr gesetzlich festgelegt worden sind, aber der Grund der Uebung ist in beiden Fällen ein verschiedener. Man handelt einem Satze gemäss, der zur Verkehrssitte geworden ist, weil man es für bequem, zweckmässig, nützlich u. s. w. hält, dem Inhalt desselben entsprechend zu verfahren; bei Anwendung eines Gewohnheitsrechtssatzes ist immer die Vor-

in einer grossen deutschen Handelsstadt habe, eine Offerte von auswärts gemacht, so muss ich innerhalb der an diesem Orte üblichen Zeit meine Annahmeerklärung abgeben (§ 84 d. Entw.) Eine Berufung darauf, dass mir diese Verkehrssitte unbekannt gewesen sei, ist so wenig zulässig, wie die Behauptung der Unkenntnis einer Norm des geschriebenen Rechts. — Meiner Ansicht nach ist hier nicht eine Verkehrssitte, sondern ausschliesslich das geschriebene Recht verletzt. Das B.G.B. hat lediglich die Ausfüllung dessen, was üblich ist, dem Verkehr in kleineren Kreisen überlassen.

[1]) Aehnlich Riesenfeld, S. XXXI, XXXIII.

[2]) Damit fällt wohl das, was Danz, S. 404, 415, 421, Jacoby in den Annalen des deutschen Rechts, S. 295, ebenderselbe bei Gruchot 34, S. 564f. ausführen.

[3]) Jacoby, in den Annalen des deutschen Rechts. S. 295.

[4]) Danz, S. 415.

stellung vorhanden, dass es sich um Recht handelt[1]). Nach Danz Meinung müsste das B.G.B., falls es eine opinio iuris für erforderlich hielte, dies ausdrücklich kundgeben[2]). Was das B.G.B.[3]) veranlassen sollte in den §§ 157, 242, in denen Danz eine Bezugnahme auf Gewohnheitsrecht findet, die opinio iuris besonders zu fordern, ist mir nicht ganz klar geworden. Aber Danz beruhigt sich damit nicht, dass das B.G.B. von diesem Erfordernisse nicht spricht, sondern versucht nachzuweisen, dass bei der Verkehrssitte, ebenso wie beim Gewohnheitsrecht opinio iuris sive necessitatis vorhanden ist. Allerdings fasst er dabei die opinio anders, als alle, die sie überhaupt als Erfordernis zur Entstehung des Gewohnheitsrechts ansehen. Dass opinio necessitatis nicht das Gefühl des Zwanges[4]) bedeutet, wie wir sie auch auf dem Gebiete der Sitte finden, beweist die Gleichstellung opinio juris sive necessitatis; versteht man unter opinio iuris das Gefühl, dass die Norm dem Rechtsgebiete angehört, so ist allerdings Danz zuzugeben, dass jeder, der einer Verkehrssitte gemäss handelt, nicht das Gefühl haben wird, eine Pflicht der Höflichkeit oder des äusseren Anstandes zu erfüllen. Es genügt aber keineswegs das Gefühl auf rechtlichem Boden zu handeln, sondern es ist erforderlich die Ueberzeugung dem Rechte gemäss zu handeln. Denn wie soll aus der Ansicht, dass die Norm dem Rechtsgebiet angehört, die innere Kraft kommen einen Rechtssatz zu erzeugen;

---

[1]) Uebereinstimmend wie hier auch Riesenfeld, S. XXV f. und oben §§ 3 und 4.

[2]) Danz, S. 458.

[3]) Wenn die Römer nicht opinio iuris gefordert haben, so geschah das deshalb, weil mit dem consensus, dem Willen, das etwas Recht werde — davon gingen sie aus — nicht die opinio, die Ueberzeugung, dass etwas Recht sei, verträglich ist. vgl. Brie, S. 23.

[4]) Danz beruft sich an dieser Stelle auch auf Regelsberger, S. 96 der von der opinio necessitatis sagt: eine Bezeichnung, die im Grunde nur für zwingende Rechtssätze passt. Das halte ich aber nicht für richtig, denn Gierke, S. 113 sagt sehr richtig: „die Rechtsnormen bestimmen das Wollen in unbedingter Weise, das scheidet sie von der Sitte, die wenigstens den Schein weckt, als beruhe ihre Herrschaft auf freiwilliger Unterwerfung". Daran kann aber die Thatsache nichts ändern, dass im einzelnen Falle ein dispositiver Rechtssatz ausgeschlossen werden kann. Ist dies nicht geschehen, dann wirkt er wie jeder andere.

ich muss also dabei bleiben, dass zur Entstehung von Gewohnheitsrecht notwendig ist das Gefühl dem geltenden Rechte gemäss zu handeln, und das ist eben bei der Verkehrssette nicht vorhanden.

4. § 8. Herkommen.

Der dritte der Grenzbegriffe, der hier für mich in Betracht kommt, ist das Herkommen (Observanz)[1]). Streitfragen sind hier, soweit ich sehe, wenig mehr vorhanden, nur bezüglich des Inhaltes, den man dem Worte geben soll, gehen die Meinungen sehr auseinander.

1. Entweder man gebraucht das Wort schlechthin gleichbedeutend mit „Gewohnheitsrecht[2])“ oder mit feinen Unterschieden: nach Beseler dann, wenn sich erst auf Grund längerer Uebung eine Ueberzeugung bildet (oben § 4). Adickes bezeichnet so ein Gewohnheitsrecht, bei dem lediglich Gewöhnung Entstehungserfordernis ist (oben § 3).

2. Des weiteren versteht man darunter partikuläres Gewohnheitsrecht, ohne Unterschied, ob lokal- oder persönlichpartikulär, allerdings nur vereinzelt[3]). Die herrschende Ansicht bezeichnet als Observanz (Herkommen) nur das letztere, nämlich dasjenige, das sich innerhalb einer Korporation gebildet hat[4]). Mit dieser Auffassung wird also für das innere Leben eines solchen Verbandes der Gegensatz zwischen gesetztem und ungesetztem Recht begründet, der auch das in den grösseren Vereinigungen geltende Recht beherrscht. Puchta[5]) allerdings sieht in der Observanz einen autonomischen Rechtssatz, der nicht durch ausdrückliche Satzung, sondern durch stillschweigende Uebereinkunft festgesetzt worden ist, kein Gewohnheitsrecht, denn dieses beruht ja nach ihm auf der Volksüberzeugung, das Herkommen aber auf der Autonomie. Die Kon-

---

[1]) Beide Worte werden als gleichbedeutend gebraucht, vgl. die im Verlaufe dieses Paragraphens angezogenen Schriftsteller.

[2]) Savigny, System I, S. 98.

[3]) Regelsberger, S. 99, R.G. II, S. 213, Dernburg, 5. Aufl., S. 61.

[4]) So Beseler, System S. 98, Windscheid, S. 52, Gierke, S. 143, 171, Bähr, Entw. eines B.G.B., in der kritisch. Vierteljahrsschr. Bd. 30, S. 329 ff.. Savigny, System I, S. 98.

[5]) Puchta II, S. 107 f.

struktion der Observanz als statutum tacitum[1]), neuerdings noch vertreten durch die Motive S. 94, ist schon längst als unzureichend erkannt[2]). Nichts hindert sie als Gewohnheitsrecht zu betrachten, zumal wir ja von der Volksüberzeugung als Entstehungserfordernis absehen.

3. kann durch Herkommen ein subjektives Recht begründet oder aufgehoben werden. In diesem Falle handelt es sich entweder um einen Individualrechtssatz, was selten vorkommen wird, oder lediglich um einen Erwerbstitel (Ersitzung oder Verjährung[3]). Schon daraus ergiebt sich, dass im einzelnen Falle sicher festzustellen ist, was von beiden vorliegt, da die Entstehungserfordernisse in dem einen und dem anderen Falle verschieden sind. Dass hier ein Unterschied zu machen ist, hat man allgemein als notwendig anerkannt[4]).

[1]) Puchta II, S. 108.
[2]) Vgl. Windscheid, S. 52 a 4, Bähr l. c.
[3]) Vgl. hierzu die oben Citierten ausser Bähr.
[4]) Schon Puchta II, § 12.

Litteratur.

Adickes: Die Lehre von den Rechtsquellen, Cassel und Göttingen, 1872.

Affolter: Der Rechtssatz und seine Geltung, in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 18. Band. Wien 1891.

Bähr: Zur Beurteilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, in der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 30, S. 322 ff.

Bergbohm: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1. Band, Leipzig 1892.

Beseler: Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843.

Derselbe: System des deutschen Privatrechts, Bd. 1, 4. Aufl., Leipzig 1885.

Bierling: Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. 1, Gotha 1877.

Binding: Handbuch des Strafrechts, 1. Bd., Leipzig 1885.

Brie: Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, Band 1, Breslau 1900.

Derselbe: Zur Theorie des konstitutionellen Staatsrechts, im Archiv für öffentliches Recht, Band 4, Freiburg i. B., 1889.

Brinz: Pandekten, 2. Auflage, 1. Band, Erlangen 1873.

Bülow: (Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft), Leipzig 1901.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band 1, 1. Aufl., Jena 1898.

Crome: Particulares Gewohnheitsrecht? in Iherings Jahrbüchern Bd. 39, S. 323 ff.

Dahn: Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbes. vom Gewohnheitsrecht, in der Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung Bd. 6, 1872.

Danz: Laienverstand und Rechtsprechung, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 38, Halle 1899.

Dernburg: Pandekten Bd. 1, 5. Auflage, Berlin 1896.

Derselbe: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, Halle 1899.

Dworzak: Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht, in der österreichischen Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissenschaft, Bd. 7.

Eisele: Unverbindlicher Gesetzesinhalt, im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 69.

Endemann: Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, Berlin 1899.

Engelmann: Das alte und das neue bürgerliche Recht, 2. Aufl., Berlin 1900.

Gerber-Cosack: System des deutschen Privatrechts, 17. Aufl., Jena 1895.

Gierke: Deutsches Privatrecht, Band 1, Leipzig 1895.

Glück: Pandekten, Bd. 1, Erlangen 1790.

Goldschmidt: Lehrbuch des Handelsrechts, Bd. 1.

Hölder: Pandekten, allgemeine Lehren, Freiburg 1891.

Derselbe: Zum allgemeinen Teile des Entwurfs des B.G.B., im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 73.

Derselbe: Commentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, allgemeiner Teil, München 1900.

Jacoby: Legislative Erörterungen zum allgemeinen Teile eines B.G.B., bei Gruchot, Bd. 34, S. 559.

Derselbe: Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, in Einzelerörterungen besprochen, in den Annalen des deutschen Rechts, 1899, S. 293 ff.

Kohler: Ueber die Interpretation von Gesetzen, in der Zeitschrift für das private und öffentliche Recht, Bd. 12, S. 57.

Kuhlenbeck: Das Gewohnheitsrecht, in der Jurist. Wochenschrift, Bd. 24, Jahrgang 1895, S. 157.

Leonhard: In den Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages, Berlin 1899.

Derselbe: Allgemeiner Teil des B.G.B., Berlin 1900.

Motive: zum Entwurfe eines B.G.B.

Neukamp: Das Gewohnheitsrecht in Theorie und Praxis, in Kohlers Archiv, Band 12, 1897.

Osthelder: Kann Reichsrecht auf dem Wege der Reichsgewohnheit entstehen? in der Zeitschrift „das Recht," 1900 Nr. 2.

Pernice: Parerga X, in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, roman. Abteilung, Band 20 und 21, Weimar 1899. und 1901, citiert: Pernice Bd. 20 bezw. 21.

Puchta: Das Gewohnheitsrecht, 2 Bände, Erlangen 1828—1837.

Puchta: Pandekten, 9. Auflage, Leipzig 1863.

Regelsberger: Pandekten, Band 1, Leipzig 1893.

Riesenfeld: Breslauer Handelsgebräuche, Gutachten der Handelskammer zu Breslau, Breslau 1900.

Rümelin: Das Gewohnheitsrecht, in Ihering's Jahrbüchern, Band 21, 1889.
v. Savigny: System des römischen Rechts, Band 1, Berlin 1840.
Schmidt, (Bruno): Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens, Leipzig 1899.
Schuppe: Das Gewohnheitsrecht, zugleich eine Kritik der beiden ersten §§ des Entwurfs eines B.G.B. für das deutsche Reich, Breslau 1890.
Staub: Commentar zum H.G.B., 6. und 7. Auflage, Berlin 1900.
Sturm: Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit, Kassel 1877.
Derselbe: Recht und Rechtsquellen, Kassel 1883.
Derselbe: Gewohnheitsrecht und Irrtum, Kassel 1884.
Windscheid-Kipp: Pandekten, 8. Auflage, Frankfurt a. M. 1900.
Zitelmann: Gewohnheitsrecht und Irrtum, im Archiv für die civilistische Praxis, Band 66.

Lebenslauf.

Am 29. Dezember 1878 wurde ich zu Breslau als Sohn des Kaufmanns Fedor Wachsmann und seiner Ehefrau Paula geb. Knopf geboren. Ostern 1885 trat ich in die Vorschule des König-Wilhelm-Gymnasiums ein, das ich Ostern 1897 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Ich studierte darauf an den Universitäten Freiburg i/B., Berlin und Breslau die Rechtswissenschaft, hörte aber in jedem Semester gleichzeitig auch ein oder zwei Vorlesungen in der philosophischen Fakultät.

Ich besuchte so die Kollegien, Seminare und Praktika der Herren Professoren bezw. Privatdozenten: Beling, Bonhoeffer, Brie, Bruck, Brunner, Dahn, Ebbinghaus, Eck, Eisele, O. Fischer, Freudenthal, Gierke, Heymann, Hübler, Jacobi, Jörs, Kohler, Lassar, Leonhard, Muther, Paulsen, Rehme, Rich. Schmidt, Schott, v. Schulze-Gävernitz, Simmel, Sombart, Wagner, Weissenfeld. —

Am 10. Oktober 1900 bestand ich am Kgl. Oberlandesgericht zu Breslau das Referendarexamen, kurze Zeit darauf machte ich das Rigorosum. —

Allen meinen hochverehrten Herren Lehrern, besonders Herrn Geheimrat Brie und Herrn Geheimrat Leonhard, die mich durch verschiedene wertvolle Winke und Belehrungen bei der vorliegenden Arbeit wesentlich gefördert haben, sage ich hierdurch meinen herzlichsten Dank.

H. Fleischmann, Breslau, Ohlauerstr. 8.